



HAL
open science

L'ouverture du procès environnemental dans l'ordre international

Sandrine Maljean-Dubois

► **To cite this version:**

Sandrine Maljean-Dubois. L'ouverture du procès environnemental dans l'ordre international. Hautereau-Boutonnet M., Truilhé E. Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, pp. 105-120, 2021. halshs-03494398

HAL Id: halshs-03494398

<https://shs.hal.science/halshs-03494398>

Submitted on 19 Dec 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

S. Maljean-Dubois, « L'ouverture du procès environnemental dans l'ordre international », in Hautereau-Boutonnet M., Truilhé E. (dir.), *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Paris, 2021, pp. 105-120.

L'ouverture du procès environnemental dans l'ordre international

Sandrine Maljean-Dubois, Directrice de recherche au CNRS
(Aix Marseille Université, Université de Toulon, Université de Pau & Pays Adour, CNRS,
DICE, CERIC, Aix-en-Provence, France)

L'intitulé de cette contribution appelle deux remarques préliminaires quant aux termes du sujet.

D'une part, nous nous attacherons aux modes juridictionnels de règlement des différends internationaux au sens de différends interétatiques soumis à une juridiction internationale. Par là, cette contribution exclut de son champ les différends transnationaux opposant des personnes privées telles que les individus dans le cadre du contentieux international des droits de l'homme ou les investisseurs dans le cadre du contentieux international des investissements. Ces modes juridictionnels se distinguent des modes diplomatiques, en ce qu'un tiers intervient pour trancher le différend par une solution fondée en droit et obligatoire pour les parties. Ce sont les deux éléments qui caractérisent la *juridictio* au sens matériel par opposition aux modes diplomatiques de règlement des différends¹. Il existe deux modes juridictionnels de règlement des différends en droit international : le mode arbitral (le règlement est confié à un organe institué et composé par les parties au différend) et le mode judiciaire (le règlement est confié à un organe permanent dont l'institution, la composition et le mode de fonctionnement échappent à la maîtrise des parties et dont le statut est prédéterminé et objectivement opposable aux parties).

D'autre part, nous entendons le procès environnemental comme un procès au cours duquel des moyens de fait ou de droit relatifs à la protection ou destruction de l'environnement sont soulevés par les parties. Il ne s'agit bien entendu pas d'une catégorie spéciale de procès reconnue par le droit positif². Quant à la place des questions environnementales, elle peut y être plus ou moins centrale.

Même si le règlement juridictionnel n'est pas le mode ordinaire de règlement des différends internationaux, plus souvent réglés par la voie diplomatique, le contentieux international environnemental s'est développé ces dernières années de manière significative.

Dans le champ de l'environnement, la « jurisprudence » a longtemps été assez réduite. L'affaire des otaries à fourrure des îles Pribiloff³ tranchée en 1893, puis celle de la Fonderie du Trail⁴ en 1941, ont posé les fondements du droit international de l'environnement, notamment s'agissant des pollutions transfrontières et des ressources naturelles partagées. Les affaires du Détroit de Corfou⁵ puis du Lac Lanoux⁶, ont confirmé ensuite les principes posés.

¹ J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, LGDJ, Paris, 2019, 13^{ème} édition, p. 599.

² E. Truilhé, M. Hautereau-Boutonnet, *Le procès environnemental. Du procès sur l'environnement au procès pour l'environnement*, Rapport final de recherche, Mission de recherche droit et justice, 2019, p. 19.

³ Sentence arbitrale du 15 août 1893, *Moore's International Arbitration Awards*, 1898, p. 755.

⁴ Sentence arbitrale du 11 mars 1941, *RSA*, III, p. 907.

⁵ *Affaire du Détroit de Corfou*, Arrêt du 9 avril 1949 : *CIJ Recueil* 1949, p. 4.

⁶ Sentence arbitrale du 16 novembre 1957, *RSA*, XII, p. 285.

Durant les vingt-cinq dernières années, le contentieux s'est toutefois développé assez rapidement, accompagnant le développement de la matière elle-même.

Devant la Cour internationale de Justice, il faut citer l'arrêt rendu en 1997 dans l'affaire du barrage sur le Danube entre la Hongrie et la Slovaquie, première affaire soumise à la Cour dans laquelle la question environnementale était aussi centrale.⁷ Sont également riches d'enseignements les affaires des *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)* dans laquelle l'arrêt a été rendu le 20 avril 2010⁸, celle de la *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon)* dans laquelle un arrêt a été rendu le 31 mars 2014⁹, et enfin les affaires jointes *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* et *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, tranchées par deux arrêts du 16 décembre 2015 et du 2 février 2018¹⁰. Mentionnons également les affaires *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni, Îles Marshall c. Pakistan, Îles Marshall c. Inde)* dans lesquelles la Cour s'est déclarée incompétente au stade des exceptions préliminaires en 2016¹¹.

De même, une grande part de la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer (TIDM) concerne l'environnement¹². Le TIDM a également rendu deux avis importants pour la protection de l'environnement en 2011 et 2015¹³. Quant à la jurisprudence arbitrale, elle s'est aussi étoffée, plusieurs affaires ayant abouti à des sentences arbitrales : celle du *Thon à nageoire bleue* opposant l'Australie et la Nouvelle-Zélande au Japon¹⁴, celle de l'*Usine Mox* opposant l'Irlande au Royaume-Uni¹⁵, et celle de l'*Apurement des comptes* opposant les Pays-Bas et la France¹⁶ ou encore du *Rhin de fer* entre la Belgique et les Pays-Bas¹⁷, de l'*Indus* entre

⁷ *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt, CIJ Recueil 1997, p. 7.

⁸ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay)*, arrêt, CIJ Recueil 2010, p. 14.

⁹ *Chasse à la baleine dans l'Antarctique (Australie c. Japon; Nouvelle-Zélande [intervenante])*, arrêt, CIJ Recueil 2014, p. 226.

¹⁰ *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)* et *Construction d'une route au Costa Rica le long du fleuve San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)*, arrêt, CIJ Recueil 2015, p. 665 ; *Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua)*, indemnisation, arrêt, CIJ Recueil 2018, p. 15.

¹¹ *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Royaume-Uni)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 833 ; *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Inde)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 255 ; *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation de la course aux armes nucléaires et le désarmement nucléaire (Îles Marshall c. Pakistan)*, compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 2016, p. 552.

¹² *Thon à nageoire bleue (Nouvelle-Zélande c. Japon ; Australie c. Japon)*, mesures conservatoires, ordonnance du 27 août 1999, TIDM Recueil 1999, p. 280 ; *Usine MOX (Irlande c. Royaume-Uni)*, mesures conservatoires, ordonnance du 3 décembre 2001, TIDM Recueil 2001, p. 95 ; *Travaux de poldérisation à l'intérieur et à proximité du détroit de Johor (Malaisie c. Singapour)*, mesures conservatoires, ordonnance du 8 octobre 2003, TIDM Recueil 2003, p. 10 ; *Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon (Chili/Union européenne)*, ordonnance du 16 décembre 2009, TIDM Recueil 2008-2010, p. 13.

¹³ *Responsabilités et obligations des États dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, avis consultatif, 1^{er} février 2011, TIDM Recueil 2011, p. 10 ; *Demande d'avis consultatif soumise par la Commission sous-régionale des pêches*, avis consultatif, 2 avril 2015, Recueil 2015, p. 4.

¹⁴ *Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan)*, RSA, 4 August 2000, vol. XXIII, pp. 1-57.

¹⁵ *Proceedings pursuant to the OSPAR Convention (Ireland – United Kingdom)*, 2 July 2003, RSA, vol. XXIII, pp. 59-151.

¹⁶ *Affaire concernant l'apurement des comptes entre le Royaume des Pays-Bas et la République Française en application du Protocole du 25 septembre 1991 additionnel à la Convention relative à la protection du Rhin contre la pollution par les chlorures du 3 décembre 1976*, Décision du 12 mars 2004, RSA, 12 March 2004, vol. XXV, pp. 267-344.

¹⁷ *Award in the Arbitration regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of the Netherlands*, decision of 24 May 2005, RSA, 24 May 2005, vol. XXVII, pp.35-125.

l'Inde et le Pakistan¹⁸, et plus récemment l'arbitrage du 12 juillet 2016 relatif à la mer de Chine méridionale entre les Philippines et la Chine¹⁹.

Ce nombre relativement important d'affaires autorise une analyse comparative des différentes décisions rendues. Toutes les questions que posent les enjeux environnementaux devant le juge international ne sont pas pour autant réglées et subsistent certaines zones d'ombre. L'analyse montre que le procès environnemental international est une voie qui reste potentiellement intéressante pour renforcer l'effectivité du droit international de l'environnement et qui pourrait même jouer à l'avenir un rôle préventif (*première partie*). Des affaires environnementales pourraient donner lieu à un élargissement de l'intérêt à agir, jusqu'ici entendu strictement, et à la reconnaissance d'un droit objectif à l'action en réparation favorisant la défense des intérêts collectifs ou communs (*deuxième partie*). Pour autant, l'exigence du consentement de l'État à la juridiction internationale, condition de la compétence *ratione materiae* de cette dernière, limite considérablement les possibilités de contentieux, de même que l'exigence d'un différend, condition à la compétence *ratione personae* de la CIJ (*troisième partie*).

I. L'objectif du procès et les stratégies contentieuses

Comme l'a dit la Cour permanente de justice internationale en 1928, « c'est un principe de droit international, voire une conception générale du droit, que toute violation d'un engagement comporte l'obligation de réparer »²⁰. Plusieurs fois réaffirmée, cette obligation est très large²¹.

Mais que peut le juge ? Les modalités de réparation à sa disposition déterminent les objectifs que peut poursuivre l'action en justice et, plus largement, les demandes des parties. De ce point de vue, il est possible à l'État lésé de demander au juge des mesures conservatoires, ce qui est bien utile dans le champ de l'environnement (1). Outre cette procédure incidente, au principal différentes formes de réparation du préjudice subi sont envisageables, qui peuvent alimenter différentes stratégies contentieuses (2). Quant au préjudice écologique, il est réparable en droit international (3).

1) L'indication de mesures conservatoires

La nécessité de prévenir les dommages environnementaux, par essence difficilement réparables et parfois même irréversibles, justifie particulièrement que la possibilité de prescrire des mesures conservatoires soit conférée au juge. Cette faculté est largement reconnue et utilisée par le juge et l'arbitre internationaux mais ils se montrent très prudents dans sa mise en œuvre et les affaires environnementales ne font pas exception.

La possibilité d'indiquer des mesures conservatoires est reconnue à la Cour internationale de Justice à l'article 41 de son Statut. Deux conditions sont posées : d'une part, l'imminence d'un préjudice irréparable, d'autre part, le risque d'aggravation du différend. Mais la formulation ambiguë de l'article 41 du Statut a fait naître une vaste polémique quant à la portée de ces mesures. En pratique, les États ne se sont bien souvent pas conformés, aux mesures qu'a prononcées la Cour. En 2001, toutefois, la Cour a posé le principe du caractère obligatoire des mesures conservatoires²².

Quant à elle, la Convention de Montego Bay a clairement conféré au Tribunal international du droit de la mer le pouvoir de *prescrire* des mesures conservatoires. La

¹⁸ *Sentence arbitrale relative à l'affaire « Eaux de l'Indus – barrage de Kishenganga » opposant le Pakistan et l'Inde, 20 décembre 2013, RSA, vol. XXXI, pp.1-358.*

¹⁹ *The South China Sea Arbitration (The Republic of Philippines v. The People's Republic of China), Final Award, 12 July 2016, <https://pca-cpa.org/en/cases/7/> consulté le 27 mai 2020.*

²⁰ CPJI, *Usine de Chorzów*, 13 septembre 1928, série A, n°17, p. 29.

²¹ CIJ, *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt préc. du 25 septembre 1997, § 150.

²² Dans son arrêt du 27 juin 2001, aff. *LaGrand (Allemagne c. États-Unis)*, Rec. CIJ, 2001, p. 466.

Convention crée en effet un chef de compétence obligatoire et exclusive du Tribunal. Le Tribunal peut être amené à prescrire des mesures conservatoires dans deux hypothèses :

- une hypothèse « normale », lorsqu'il est saisi d'un différend qu'il est appelé à trancher au fond (art. 290§1) ;

- une hypothèse moins habituelle, où il intervient en attendant la constitution d'un tribunal arbitral à ce seul stade des mesures conservatoires et « s'il estime que l'urgence de la situation l'exigent » (art. 290§5).

L'article 290§1 prévoit qu'il « peut prescrire toutes mesures qu'il juge appropriées en la circonstance ». Les mesures peuvent être prescrites « pour préserver les droits respectifs des parties en litige », mais aussi pour « empêcher que le milieu marin ne subisse des dommages graves en attendant la décision définitive » ce qui est plus novateur. Les mesures peuvent donc viser la protection d'un intérêt commun – l'intégrité du milieu marin – et non pas ou pas seulement les droits respectifs des parties, à condition qu'un certain seuil de gravité soit atteint.

L'affaire de l'*Usine Mox* a été particulièrement instructive de ce point de vue. Le TIDM est intervenu alors sur le fondement de l'article 290§5, en attendant la constitution d'un tribunal arbitral (TADM). L'urgence est inhérente à la nature même des mesures conservatoires, mais on pouvait se demander si le risque de dommage à l'environnement – en particulier lorsqu'il s'agit d'un dommage à long terme comme celui causé par des produits radioactifs – changeait quelque peu la donne, en particulier dans la mesure où la Convention de Montego Bay prévoit que les mesures conservatoires peuvent être prescrites « pour empêcher que le milieu marin ne subisse de dommages graves en attendant la décision définitive ».

À l'appui de sa demande devant le TIDM, l'Irlande avançait que la mise en service de l'usine Mox, prévue quelques semaines avant la constitution du TADM, comportait des risques de dommages graves et irréversibles au milieu marin du fait des rejets de plutonium dans le milieu marin. Pour le Royaume-Uni, il n'y avait pas d'urgence au vu du niveau infinitésimal des éventuels risques de pollution découlant de la mise en service de l'usine. Il précisait que le déclassement de l'usine, pour délicat et coûteux qu'il serait, ne serait pas impossible et, partant, que la mise en service n'aurait rien d'irréversible ; et considérait que le site était convenablement protégé des risques d'accident. En outre, le Royaume-Uni donnait certaines assurances s'agissant de l'importation et de l'exportation de combustible nucléaire et du transport en mer²³. Dès lors, l'Irlande n'est pas parvenue à convaincre les juges qu'un préjudice irréparable allait être causé à son droit d'être protégée contre la pollution de son milieu marin, ou que le milieu marin allait subir des dommages graves dans la courte période précédant la constitution du TADM. Dans une formule très lapidaire, le TIDM « prend acte des assurances données par le Royaume-Uni » et « ne juge pas que l'urgence de la situation exige la prescription des mesures conservatoires sollicitées par l'Irlande, pour la courte période qui précédera la constitution du tribunal arbitral (...) »²⁴. Le Juge Mensah regrette d'ailleurs dans son opinion que le Tribunal ne soit pas plus explicite ; mais c'est, selon le Juge Szekely, précisément pour permettre son adoption à l'unanimité que l'ordonnance n'est pas davantage motivée.

L'affaire n'est pas sans analogie avec celle du *Grand Belt*, dans laquelle la CIJ n'avait pas non plus jugé l'urgence avérée et, au contraire, avait pris acte des assurances danoises selon lesquelles les travaux de construction d'un pont n'entraveraient pas le passage des navires finnois avant la date à laquelle elle aurait normalement rendu son arrêt. La Cour avertissait alors le Danemark que, en poursuivant la construction des ouvrages, il prenait le risque d'avoir un jour à les démanteler²⁵. Plus récemment, dans l'affaire des Usines de pâte à papier, la Cour a

²³ Ordonnance préc. TIDM, §72-80.

²⁴ *Ibid.*, §80-81.

²⁵ Ainsi, « on ne peut ni ne doit exclure a priori la possibilité d'une décision judiciaire ordonnant soit de cesser les travaux, soit de modifier ou démanteler les ouvrages », *Passage par le Grand-Belt (Finlande c. Danemark)*, ordonnance du 29 juillet 1991, *Rec. CIJ*, 1991, p. 19, §31.

aussi considéré que, « en maintenant l'autorisation et en permettant la poursuite de la construction des usines, l'Uruguay assume nécessairement l'ensemble des risques liés à toute décision au fond que la Cour pourrait rendre à un stade ultérieur ; que (...) la construction des usines sur le site actuel ne peut être réputée constituer un fait accompli »²⁶. De même, le TIDM met-il dans l'affaire *Mox* le Royaume-Uni face à ses responsabilités. En fonction de la décision au fond, on aurait pu imaginer en effet qu'il soit amené à faire marche arrière et démanteler l'usine, ce qui aurait présenté de sérieuses difficultés techniques et financières. De fait, pour le Juge Mensah (qui présidera le TADM chargé de statuer au fond), les éléments de preuve donnent à penser que c'est le « Royaume-Uni qui court le plus de risques s'il met l'usine en service et si le tribunal arbitral (...) lui ordonne ultérieurement d'agir autrement en ce qui concerne cette mise en service ou les opérations de l'usine ».

Pour autant, le TIDM utilise la possibilité que lui offre l'art. 89§5 de son Règlement de prescrire des mesures différentes de celles sollicitées, comme auparavant dans les affaires du *Thon à nageoire bleue* et comme ultérieurement dans l'affaire des *Travaux de poldérisation*²⁷. En effet, le Tribunal « prescrit » aux deux États de « coopérer et, à cette fin, procéder sans retard à des consultations » dans le but d'échanger des informations, de surveiller les risques ou les effets des opérations de l'usine Mox et d'adopter, le cas échéant, des mesures pour prévenir une pollution du milieu marin. Le Tribunal marque sans doute son agacement devant des autorités britanniques assez peu coopératives face aux requêtes irlandaises, et ce de longue date s'agissant du site de Sellafield²⁸. Quant au TADM, il recommandera par la suite aux Parties de tenter d'établir un mécanisme bilatéral de notification et d'échange, qui fournisse un support stable et effectif à leurs relations²⁹.

L'affaire des *Usines de pâte à papier* devant la CIJ, qui a donné lieu à une ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue par la Cour le 13 juillet 2006³⁰, est également intéressante. Soulignant les risques environnementaux, l'Argentine demandait la suspension d'un immense complexe d'usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay frontalier avec l'Uruguay. Après avoir souligné toute l'attention qu'elle porte aux exigences de protection de l'environnement, la Cour rejette ces demandes. L'Argentine n'aurait pas prouvé que la construction des usines causerait un dommage irréparable ni à l'environnement, ni sur le plan économique et social. Cela conduit à s'interroger sur le niveau de preuves requis par la Cour : n'est-il pas irréaliste ou tout au moins excessif au stade de l'indication des mesures conservatoires ? Au-delà des arguments juridiques, la perspective de stopper un projet de développement économique sur la base d'atteintes à l'environnement alléguées mais pas suffisamment prouvées semble avoir pesé sur les débats. Le §80 de l'ordonnance en témoigne, où la Cour affirme « qu'il doit être tenu compte de la nécessité de garantir la protection continue de l'environnement du fleuve ainsi que le droit au développement économique des États riverains ».

2) Les formes de réparation

Le dommage s'entend au sens large puisqu'il est admis désormais que « Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'État »³¹. En termes de stratégie, les parties peuvent ainsi demander réparation d'un préjudice matériel, moral, ou – le plus souvent – matériel et moral. La réparation doit être

²⁶ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay (Argentine c. Uruguay), mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 2006, CIJ Recueil 2006, p. 113, §78.*

²⁷ Ordonnances précitées.

²⁸ Cf. la décl. à titre collectif des Juges Caminos, Yamamoto, Park, Akl Marsit, Eiriksson et Jesus.

²⁹ Cf. les §66-67 des motifs et le §4 du dispositif.

³⁰ Ordonnance précitée du 13 juillet 2006.

³¹ CDI, Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et commentaires y relatifs 2001, *Annuaire de la Commission du droit international, 2001*, vol. II(2), article 31§2.

« intégrale »³². Elle doit viser à « effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »³³. Selon l'article 34 du projet de la CDI, « la réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement ». La restitution en nature est généralement privilégiée, mais lorsqu'elle « est matériellement impossible ou emporte une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui en dériverait, la réparation prend alors la forme de l'indemnisation ou de la satisfaction »³⁴. En d'autres termes, « La réparation peut prendre la forme d'une réparation pécuniaire pour les dommages économiquement quantifiables, tout comme pour les dommages non matériels, selon les circonstances de l'espèce. (...) Une réparation sous la forme d'une satisfaction peut également être accordée par une déclaration judiciaire indiquant qu'il y a eu violation d'un droit »³⁵. Ainsi, l'objectif de l'action en justice peut être aussi bien de demander réparation d'un préjudice matériel survenu (par la *restitutio in integrum* ou l'indemnisation), que de pousser un autre État à prévenir des dommages dans le futur.

• *La remise des choses en l'état*

Parce que, comme nous l'avons rappelé *supra*, l'objectif premier de l'action contentieuse est d'« effacer toutes les conséquences de l'acte illicite et rétablir l'état qui aurait vraisemblablement existé si ledit acte n'avait pas été commis »³⁶, la remise des choses en l'état ou *restitutio in integrum* est la modalité de principe de la réparation. Elle constitue « la sanction normale de l'inexécution d'obligations contractuelles »³⁷. Si l'acte illicite est juridique, la remise des choses en l'état consiste dans son annulation, indépendamment de sa nature, même s'il s'agit d'une décision de justice³⁸. Les juridictions internationales n'ont pas compétence pour annuler l'acte ; cela revient à l'État³⁹. Cette modalité de réparation est particulièrement adaptée au champ de l'environnement, mais elle sera souvent difficile – voire impossible – à mettre en œuvre sur le plan technique et/ou très coûteuse. Or, lorsque la restitution n'est pas possible matériellement, il faut chercher un autre mode de réparation. Ainsi, l'article 35 du projet de la CDI exclut la restitution lorsqu'elle fait peser sur l'État responsable une « charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation »⁴⁰.

• *La réparation par équivalence*

Comme affirmé dans l'affaire *Chorzow* « c'est un principe de droit international que la réparation d'un tort peut consister en une indemnité »⁴¹. En pratique, c'est même la modalité la plus courante. La sentence *Lusitania* a ainsi affirmé « comme le dit Grotius, l'argent est la mesure de la valeur des choses »⁴². La somme doit couvrir l'intégralité du préjudice subi. Le

³² *Ibid.*, article 34.

³³ *Usine de Chorzow, fond, arrêt n°13, 1928, Recueil C.P.J.I. série A n°17*, p. 47.

³⁴ *Usines de pâte à papier sur le fleuve Uruguay*, arrêt 2010 précité, p. 103, §273 ; rappelé au §31 de l'arrêt précité du 2 février 2018.

³⁵ *Navire SAIGA, (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), Arrêt, TIDM Recueil 1999*, p.10, §171.

³⁶ *Usine de Chorzow*, arrêt précité, p. 47.

³⁷ *Texaco v. Libya, Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Company v. Libya, sentence arbitrale du 20 janvier 1977*, §109.

³⁸ *Sentence arbitrale du 3 mai 1930, Martini, RSA vol II* p. 975. Voir P. Daillier, M. Forteau, N. Quoc Dinh, A. Pellet, *Droit international public*, LGDJ, 2009, 8^{ème} édition, p. 892.

³⁹ Toutefois, dans l'affaire des zones franches entre la France et la Suisse, la CPJI a été invitée à déclarer « nulle et de nul effet » une loi française de 1923 jugée incompatible avec les obligations internationales de la France. Voir P. Daillier, M. Forteau, N. Quoc Dinh, A. Pellet, *Droit international public, op.cit.*, p. 892.

⁴⁰ CDI, Projet d'articles précité.

⁴¹ *Usine de Chorzow*, arrêt précité, p. 27.

⁴² *Opinion in the Lusitania Cases, 1 November 1923, RSA, vol VII*, p. 34.

caractère indemnisable du dommage à l'environnement *per se* a été reconnu⁴³. Il n'en reste pas moins que le calcul de l'indemnité peut être délicat, en particulier dans ce cas précis (voir *infra*).

• *La satisfaction*

La constatation par le juge international de la violation d'une obligation peut être un mode de réparation adapté, de même que les regrets, excuses, assurances et garanties de non-répétition⁴⁴. C'est un mode de réparation dont l'intérêt a été sous-estimé dans le champ de l'environnement, particulièrement lorsque l'objectif de l'action contentieuse est de pousser un État à prendre des mesures de protection de l'environnement, par exemple réduire sa contribution à la pollution de l'environnement marin ou ses émissions de gaz à effet de serre. D'ailleurs, lorsqu'il y a atteinte à un intérêt collectif, la Commission du droit international (CDI) considère que la gamme des droits liés à l'invocation de la responsabilité est nécessairement plus limitée que celle des droits auxquels peuvent prétendre les États lésés en général. En effet, l'État n'est pas lésé de son propre chef et ne demande donc pas réparation pour son propre compte sous la forme d'une indemnisation par exemple. L'action est alors principalement centrée sur la question de savoir « s'il y a eu violation de la part d'un autre État et sur la cessation de la violation s'il s'agit d'une violation continue »⁴⁵. La satisfaction (demande de cessation du fait illicite voire assurances et garanties de non-répétition) est ici un mode de réparation particulièrement adapté. Jusqu'ici, toutefois, aucun État n'a développé une stratégie contentieuse en ce sens dans le champ de l'environnement⁴⁶.

3) La réparation du préjudice écologique en droit international

Confrontée pour la première fois à la question dans les affaires opposant le Nicaragua et le Costa Rica, la Cour internationale de Justice n'a fait aucune difficulté à reconnaître le caractère indemnisable des dommages environnementaux⁴⁷. Dans son arrêt du 2 février 2018, elle admet pour la première fois que le droit international général donne droit à réparation des dommages à l'environnement, dès lors qu'ils sont la conséquence d'un fait internationalement illicite. Jamais il n'avait été affirmé aussi clairement que le droit international général relatif à la responsabilité internationale des États impose la réparation de tels préjudices : « il est (...) conforme aux principes du droit international régissant les conséquences de faits internationalement illicites, et notamment au principe de la réparation intégrale, de conclure que les dommages environnementaux ouvrent *en eux-mêmes* droit à indemnisation, en sus de dépenses engagées par l'État lésé en conséquence de tels dommages »⁴⁸. La Cour n'explique guère les raisons pour lesquelles le principe de la réparation intégrale fonde une telle solution. Celle-ci n'est pas évidente dans la mesure où elle présuppose que le dommage à l'environnement *per se* soit un dommage subi par un État. Or telle imputation peut faire débat dans son principe même, s'agissant du préjudice à l'environnement *per se*, différencié des dommages économiques ou aux personnes qui peuvent en résulter⁴⁹. Manifestement, la Cour

⁴³ CIJ, arrêt du 2 février 2018 précité, p. 15.

⁴⁴ Les « violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général » entraînent des conséquences particulières et supplémentaires. Les États ont notamment l'obligation de coopérer pour y mettre fin « par des moyens licites » (CDI, Projet d'articles précité, articles 40-41), et peut-être de faire respecter cette obligation y compris par les moyens contentieux à leur disposition (voir *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé, avis consultatif, CIJ Recueil 2004*, p. 136).

⁴⁵ CDI, Projet d'articles précité, p. 347.

⁴⁶ C'était toutefois le sens de la requête des îles Marshall contre le Royaume Uni devant la Cour internationale de Justice, mais la Cour n'a pas été convaincue de l'existence d'un différend entre les deux États et s'est déclarée incompétente à titre préliminaire. Elle n'a donc pas examiné l'affaire au fond (arrêt précité, 2016, voir dans le même sens les deux arrêts rendus dans îles Marshall contre Inde et îles Marshall contre Pakistan, précités).

⁴⁷ Arrêt 2018 précité, §42.

⁴⁸ *Ibid.*, §41, nous soulignons.

⁴⁹ Y. Kerbrat, « Le droit international face au défi de la réparation des dommages à l'environnement », SFDI, *Le droit international face aux enjeux environnementaux*, Paris, Pedone, 2010, p. 140 et s.

n'a pas souhaité s'embarrasser de telles questions et a préféré faire œuvre créatrice en affirmant le caractère réparable du préjudice écologique.

S'agissant des modalités de réparation du préjudice écologique, en l'espèce, la remise en état des lieux par le Nicaragua était matériellement difficile, voire impossible ; elle n'avait d'ailleurs pas été envisagée par les Parties. La Cour s'est donc contentée de fixer le montant de l'indemnité due au Costa Rica.

Quant à l'évaluation du dommage, le Nicaragua et le Costa Rica proposaient deux méthodes différentes, aboutissant à des résultats très différents : le Costa Rica évaluait les préjudices à plus de 2,8 millions de dollars et le Nicaragua à près de 35 000 dollars. La Cour ne choisit pas entre les deux méthodes. Peu explicite, elle refuse là encore, comme l'indique le juge Guillaume, de « s'embarrasser de querelles de méthode »⁵⁰. Elle s'abstient prudemment d'indiquer les modalités de son calcul, qui la conduit à accorder au Costa Rica 120 000 dollars⁵¹. Ce montant, qu'il faut rapporter à la petite taille de la zone, est donc bien loin des demandes costariciennes qui n'ont donc pas convaincu les juges. L'arrêt donne à cet égard une impression d'approximation, et ce quand bien même la somme allouée dans l'arrêt ne paraît pas aberrante au vu des méthodes d'évaluation économique à l'hectare des biens et services environnementaux⁵². Comme le résume la juge Donoghue dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt, « L'évaluation de dommages causés à des biens et services environnementaux non commercialisés revêt nécessairement un caractère approximatif et spéculatif »⁵³. La Cour n'a pas non plus fait totalement abstraction de considérations d'équité, bien présentes quoiqu'elles ne soient pas mentionnées expressément dans l'arrêt⁵⁴.

II. L'élargissement de l'intérêt à agir et la reconnaissance d'un droit objectif à l'action en réparation

En droit international, le principe est que seuls les sujets lésés pourront chercher à engager la responsabilité de l'auteur du fait illicite. Or, la notion d'État lésé est entendue strictement. En effet, en règle générale le droit international ne reconnaît pas l'action populaire, soit la possibilité pour tout État de faire établir la responsabilité de tout autre État ayant enfreint la légalité internationale. En 1966, la Cour affirmait « s'il se peut que certains systèmes de droit interne connaissent cette notion, le droit international tel qu'il existe actuellement ne la reconnaît pas »⁵⁵. Ce principe tolère toutefois deux exceptions s'agissant des obligations *erga omnes* dues à un groupe d'États ou générales. L'article 48 du projet d'articles de la CDI sur la responsabilité des États admet en effet qu'un État autre qu'un État lésé peut invoquer la responsabilité d'un État tiers pour défendre un intérêt collectif, lorsque « a) L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble »⁵⁶.

1) Obligations *erga omnes partes* et obligations *erga omnes omnium*

Le premier cas prévu par le projet de la CDI sur la responsabilité de 2001 est celui de l'invocation de la responsabilité de l'État pour violation d'une obligation *erga omnes partes*.

⁵⁰ Dans sa déclaration comme juge *ad hoc* dans cette affaire, pt. 20.

⁵¹ Arrêt précité, §86.

⁵² V. par exemple R. Costanza et al., « Changes in the global value of ecosystem services », *Global Environmental Change*, vol. 26, pp. 152-158.

⁵³ Op. individuelle sous l'arrêt précité, §22, p. 90.

⁵⁴ V. l'opinion individuelle du juge Bandhari sous l'arrêt précité, §11, p. 100. Sur cette affaire, voir nos contributions avec Y. Kerbrat, « La contribution en demi teinte de la CIJ au droit international de l'environnement dans les affaires Costa-Rica – Nicaragua », *Journal du droit international*, 2018, pp. 1133-1154 ; « La reconnaissance du préjudice écologique par la Cour internationale de Justice », *Droit de l'environnement*, mars 2018, n°265, pp. 90-91.

⁵⁵ *Sud-Ouest africain, Deuxième phase, Recueil CIJ 1966*, p. 47.

⁵⁶ CDI, Projet d'articles précité.

C'est l'hypothèse où « L'obligation violée est due à un groupe d'États dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe »⁵⁷. La CDI précise qu'il peut s'agir d'obligations conventionnelles ou coutumières.

Ces obligations collectives ou *erga omnes partes* peuvent, selon la CDI, concerner l'environnement ou la sécurité d'une région, comme en cas de traité régional établissant une zone dénucléarisée ou d'un système régional de protection des droits de l'homme⁵⁸. Dans ces hypothèses, l'État agit non pas en sa qualité individuelle en raison d'un préjudice qu'il aurait subi, mais en sa qualité de membre d'un groupe qui peut consister en l'ensemble des États parties à un traité (comme l'Accord de Paris du 12 décembre 2015 ou la Convention des Nations Unies de Montego Bay sur le droit de la mer du 10 décembre 1982). Il ne s'agit plus de faire valoir un droit subjectif, mais un intérêt objectif au respect de la légalité. L'État peut le faire seul, ou de concert avec un ou plusieurs autres États.

Les obligations protégeant un intérêt collectif peuvent aussi être générales et concerner la communauté internationale dans son ensemble. Ces obligations *erga omnes* créent des droits *omnium*, au respect desquels chaque État peut prétendre. C'est bien ce que la Cour a relevé en l'affaire de la *Barcelona Traction* en énonçant « tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient protégés »⁵⁹. Là encore, l'élargissement de la notion d'État lésé emporte une forme d'*actio popularis*, justifiée par le fait qu'un intérêt commun dépasse les intérêts individuels des États concernés. Un tel élargissement est à même de faciliter l'engagement de la responsabilité internationale d'un État en cas de dommages aux « communs », par exemple de dommages massifs à l'environnement au-delà des juridictions nationales, en haute mer.

2) Portée

Le principe même de la notion est que tout État a un intérêt à agir en cas de violation d'une obligation *erga omnes*. La CIJ, qui avait reconnu de longue date l'existence de cette catégorie d'obligations dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide⁶⁰ l'a récemment rappelé, de même qu'elle l'a confirmé à la Convention sur la torture⁶¹. Elle n'a pas encore eu à statuer dans le champ de l'environnement. En revanche, cette occasion a été donnée à la Chambre du TIDM pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins. Dans son avis consultatif du 1^{er} février 2011, la Chambre s'est appuyée sur les travaux de la Commission du droit international pour considérer que « Tout État Partie [à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer] pourrait également prétendre à réparation au vu du caractère *erga omnes* des obligations ayant trait à la préservation de l'environnement en haute mer et dans la Zone »⁶², en cohérence avec la qualification de la Zone en tant que patrimoine commun de l'humanité. Il s'agit bien d'une forme d'*actio popularis*, justifiée par le fait qu'un intérêt commun dépasse les intérêts individuels des États concernés. C'est une évolution du droit international intéressante pour la protection de l'environnement car cela ouvre par exemple la possibilité à un État partie à une convention multilatérale sur

⁵⁷ *Ibid.*, p. 343 (article 48 §1 a)).

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ *Barcelona Traction Light and Power company, Ltd, deuxième phase (Belgique c. Espagne)*, arrêt du 5 février 1970, Recueil CIJ, p. 32 ; *Application de la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide, arrêt sur les exceptions préliminaires*, 11 juillet 1996, Recueil CIJ, p. 615, § 31.

⁶⁰ *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif*, CIJ Recueil 1951, p. 23 ; CIJ, *Ordonnance du 23 janvier 2020, Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Gambie c. Myanmar)*, non encore publiée au Recueil.

⁶¹ *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 422, §68-69 « tout État partie à la convention contre la torture peut invoquer la responsabilité d'un autre État partie dans le but de faire constater le manquement allégué de celui-ci à des obligations *erga omnes partes*, (...) et de mettre fin à un tel manquement ».

⁶² Avis du TIDM de 2011, précité, §180.

l'environnement d'invoquer la responsabilité d'un autre État Partie si ce dernier a violé la Convention, sans avoir à démontrer qu'il a été personnellement lésé.

C'est une porte ouverte pour les États, mais il n'est pas certain qu'ils veuillent l'ouvrir. En effet, qui souhaitera lancer, au nom d'une communauté d'États parties ou de la communauté internationale dans son ensemble, une action par définition perçue comme inamicale et exposant à un possible retour de boomerang ? Des recours collectifs pourraient peut-être permettre de limiter ou mutualiser quelque peu le risque politique.

III. Des conditions strictes à la compétence du juge international

Des conditions strictes fondent la compétence du juge international *ratione personae* et *ratione materiae*.

1) L'obstacle du consentement à la juridiction internationale

Si on ne manque pas de juges internationaux en général, il sera souvent difficile de trouver un juge compétent pour un litige déterminé. L'État lésé ou désireux de lancer un contentieux pour la défense des intérêts collectifs risque de se heurter à l'obstacle du principe du consentement à la juridiction internationale, faute de consentement préalable. Il est certes toujours possible que les États acceptent de se soumettre à une juridiction internationale une fois le différend survenu, mais cela reste très hypothétique.

Pour prendre l'exemple des changements climatiques, les États ont inséré une clause de règlement des différends à l'article 14 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC). Elle offre théoriquement un support à la mise en cause de la responsabilité des États parties. En effet, l'article 14 §1 prévoit que « En cas de différend entre deux ou plus de deux Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la Convention, les Parties concernées s'efforcent de le régler par voie de négociation ou par tout autre moyen pacifique de leur choix ». En cas d'échec, l'article 14 §2 contient une clause facultative de règlement juridictionnel : les Parties peuvent déclarer au préalable (au moment de la ratification ou à tout moment par la suite) accepter la soumission des différends à la CIJ ou à un tribunal arbitral. Si ni la CIJ ni un tribunal arbitral ne peuvent être saisis, l'article 14§§5-7 prévoit une conciliation. Cette clause s'applique *mutatis mutandis* au Protocole de Kyoto (article 19) et à l'Accord de Paris (article 24).

L'activation de cette clause en réaction à un manquement à la Convention demeure théoriquement possible. Elle l'est d'autant plus que les notions « de différend entre deux ou plus de deux Parties au sujet de l'interprétation ou de l'application de la Convention » ou d'État lésé devraient, dans cette hypothèse, être entendues assez largement. Le noyau du régime du climat, constitué des obligations et outils de réduction des émissions, entre vraisemblablement dans la catégorie des obligations *erga omnes partes* – à l'égard de toutes les parties au traité qu'il s'agisse de la CCNUCC, du Protocole de Kyoto ou de l'Accord de Paris. Mais en pratique cette clause ne peut guère jouer. En effet, sur les 197 parties à la Convention-cadre, seuls les Pays-Bas ont accepté la compétence de la CIJ et le recours à l'arbitrage, tandis que les Îles Salomon et Tuvalu ont accepté l'arbitrage obligatoire de l'article 14§2. Du fait de l'exigence de réciprocité, la clause ne pourrait donc jouer qu'entre les Pays-Bas et Tuvalu et les Îles Salomon, ou entre Tuvalu et les Îles Salomon. À moins que les deux Parties en conflit l'acceptent postérieurement à la survenance d'un différend ; ce qui à nouveau est très hypothétique.

On trouve des clauses similaires dans la plupart des conventions internationales de protection de l'environnement, avec les mêmes difficultés. Les conventions intégrant une clause obligatoire et non facultative de juridiction restent très exceptionnelles. C'est le cas, toutefois, de la Convention dite « OSPAR » pour la protection du milieu marin de l'Atlantique du Nord-Est qui autorise une requête unilatérale. En effet, son article 22 prévoit que « Tout différend entre des Parties contractantes relatif à l'interprétation ou l'application de la Convention, et qui

n'aura pu être réglé par les Parties au différend par un autre moyen tel que l'enquête ou une conciliation au sein de la Commission, est, à la requête de l'une de ces Parties contractantes, soumis à arbitrage dans les conditions fixées au présent article »⁶³. Nul besoin ici de déclaration complémentaire. En ratifiant la Convention OSPAR, un État accepte la procédure. C'est ce qui a permis à l'Irlande de demander un arbitrage contre le Royaume-Uni dans l'affaire précitée de l'*Usine Mox*⁶⁴.

2) L'exigence d'un différend international

Devant la CIJ, l'existence d'un différend réel et actuel est une condition à l'exercice de la fonction juridictionnelle au contentieux. Or, la Cour retient une acception très étroite de la notion de différend, restreignant d'autant les contours du contentieux et le champ des actions. Pour elle, un différend est « un désaccord sur un point de droit ou de fait, une contradiction, une opposition de thèses juridiques ou d'intérêts entre deux personnes »⁶⁵. Par ses exigences, la Cour élimine les différends « virtuels » ou « abstraits ». Il n'est pas question seulement de thèses contradictoires. En effet, « il faut démontrer que la réclamation de l'une des parties se heurte à l'opposition manifeste de l'autre »⁶⁶. L'affaire du *Cameroun septentrional* en a fourni une éclatante illustration. La Cour s'est déclarée « dans l'impossibilité de rendre un arrêt effectivement applicable » puisqu'il ne lui était demandé ni de « redresser l'injustice alléguée » ni d'« accorder une réparation quelconque ». Elle a rappelé que sa fonction est de dire le droit, mais « à l'occasion de cas concrets dans lesquels il existe, au moment du jugement, un litige réel impliquant un conflit d'intérêts juridiques entre les parties » ; son arrêt « doit avoir des conséquences pratiques en ce sens qu'il doit pouvoir affecter les droits et obligations juridiques existants des parties, dissipant ainsi toute incertitude dans leurs relations juridiques »⁶⁷.

La Cour maintient cette conception très – voire excessivement – formaliste du différend, comme l'a encore montré récemment l'instance introduite par les îles Marshall à l'encontre de certains États détenteurs ou soupçonnés d'être détenteurs de l'arme nucléaire. Ayant posé des exigences très lourdes, la Cour n'a pas été convaincue de l'existence d'un différend entre les deux États et s'est déclarée incompétente *ratione materiae* à titre préliminaire. Elle n'a donc pas examiné l'affaire au fond⁶⁸.

Conclusion

Les obstacles à l'ouverture de procès internationaux sont réels, mais certains d'entre eux pourraient être surmontés et toutes les potentialités n'ont pas non plus été exploitées. Si l'on veut faire une analogie avec le droit interne, l'approche du droit international est plutôt civiliste. Il ne connaît pas les indemnités punitives ni plus largement la sanction. La CIJ a pris soin de rappeler, dans les affaires Costa Rica/Nicaragua, que la réparation du préjudice subi est indépendante de la gravité des faits reprochés. Ainsi, l'« indemnisation ne doit... pas revêtir un caractère punitif ou exemplaire »⁶⁹. Tout en étant non punitive, l'action contentieuse peut poursuivre différents objectifs. Outre la restauration de l'environnement ou l'indemnisation, qui ne seront pas toujours possibles, elle pourrait jouer un rôle s'agissant de prévenir de nouveaux dommages, notamment en amenant les États à respecter leurs obligations coutumières et conventionnelles de *due diligence*. Cela pourrait être l'objet dans le futur de nouvelles stratégies contentieuses.

⁶³ Nous soulignons.

⁶⁴ Ordonnance TIDM et sentence TADM précitées.

⁶⁵ CPJI, *Concessions Mavrommatis en Palestine*, Rec. série A, n°2, 1924, p. 11.

⁶⁶ CIJ, *Affaires du Sud-Ouest africain, Éthiopie c. Afrique du Sud, Liberia c. Afrique du Sud, Exceptions préliminaires*, arrêt du 21 décembre 1962, Recueil CIJ, p. 328.

⁶⁷ CIJ, *Cameroun c. Royaume Uni, Exceptions préliminaires*, arrêt du 2 décembre 1963, Recueil CIJ, p. 15.

⁶⁸ Arrêts précités, 2016.

⁶⁹ Arrêt 2018 précité, §31. *Contra*, op. individuelle du Juge Bandhari.